إرادة

المبادرة المصرية لإصلاح مناخ الأعمال

بحث في
الإلغاء الضمني للأداة التشريعية

يناير ٢٠١٢

إرادة
المبادرة المصرية لإصلاح مناخ الأعمال

المحتويات

المبادرة المصرية لإصلاح مناخ الأعمال "إرادة" هي مبادرة حكومية تهدف إلى بناء نظام لمراجعة وتنقيح الأدوات التشريعية المتعلقة بمناخ الأعمال بمشاركة المؤسسات المصرية العامة والخاصة والمجتمع المدني وذلك لتحسين تنافسية وكفاءة الاقتصاد المصري وخلق المزيد من فرص العمل.

بحث في
الإلغاء الضمني للأداة التشريعية

السند القانونى للإلغاء الضمنى

تنص المادة الثانية من القانون المدنى المصرى على:

"لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم، أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع"

تنص المادة ٨ من مشروع القانون المدنى الفلسطينى:

"لا يجوز إلغاء نص تشريع أو وقف العمل به إلا بنص تشريعي لاحق ينص صراحة على ذلك أو يشتمل على ما يتعارض مع النص التشريعي القديم أو ينظم موضوعه تنظيما جديدا"

وقد ورد بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون أنه يظهر من هذا النص عدم اعتماد تعبير النسخ وإنما تعبير الإلغاء بسبب شيوعه في الاستعمال في مجال الفكر القانوني ويستند النص الى أن من يملك الإنشاء يملك الإلغاء

تنص الفقرة الثالثة من المادة الثانية من القانون المدنى الجزائرى على:

"---- ويكون الإلغاء ضمنيا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم"

محكمة النقض

"بموجب صدور القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ بشأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر فقد أعاد المشرع من جديد تنظيم قواعد الحظر من التصرف اللاحق للبيع المؤدي الى البطلان الوارد في المادة الأولى من الأمر العسكري رقم ٤ لسنة ١٩٧٣ والمادة ٨٢ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ على نحو يقيد من نطاقهما ويقصره على التصرف في الوحدة السكنية فقط بعد أن كان شاملا المكان المبني أو جزء منه وفقا لحكم هاتين المادتين وبذلك تكون المادة ٢٣ /١ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ قد **ألغت ضمنا** حكمهما في هذا الشأن **ويضحى ذلك الحظر بالتالى قاصرا منذ سريان أحكام القانون الأخير** على التصرف اللاحق في الوحدة السكنية فقط" (الطعن رقم ٣١٧٣ لسنة ٦١ قضائية)

ومن مقتضى النصوص المشار اليها بعاليه يتبين أن للإلغاء ثلاثة صور:

١. صدور تشريع لاحق ينص صراحة على إلغاء التشريع السابق.

٢. صدور تشريع لاحق يشتمل على نص يتعارض مع نص في التشريع السابق.

٣. صدور تشريع لاحق ينظم مسألة معينة على خلاف تنظيمها في التشريع السابق.

وتعد الصورة الأولى من صور الإلغاء المشار اليها بعاليه إلغاءا صريحا للأداة التشريعية. بينما تعد الصورتان الثانية والثالثة إلغاءا ضمنيا للأداة التشريعية.

تعريف الإلغاء

للإلغاء مفهومين أحدهما أصلي والآخر اصطلاحي:

المفهوم الأصلي: يطلق على الإلغاء شرعيا النسخ أي نسخ القانون وهو رفع العمل بالحكم الشرعي بدليل متراخ عنه يدل على إبطاله صراحة أو ضمنا إبطالا كليا أو جزئيا لمصلحة اقتضته.

المفهوم الاصطلاحي: إنهاء سريان القاعدة القانونية ومنع العمل بها ابتداءا من هذا الإنهاء، أي وقف العمل بالنص القانوني وتجريده من قوته الملزمة ويحل محله قانون أخر لعدم الحاجة إليه.

تعريف الإلغاء الضمني

هو ذلك الإلغاء الذي لا يوجد تصريح به وإنما يستخلص مجرد استخلاص من استحالة الجمع بين قاعدة قانونية قديمة وقاعدة قانونية جديدة.

الإلغاء والنسخ

ليس هناك فارق بين مصطلحي النسخ والإلغاء فكلاهما يعبر عن إلغاء أداة تشريعية ورفع العمل بها وحلول أداة أخري محلها تنظم ذات المسألة التي سبق تنظيمها بالأداة الملغاة سواء كان هذا الإلغاء صريحا أو ضمنيا، وقد لا يتم تنظيم ذات المسألة مرة أخرى لانتفاء الحكمة والغاية من صدورها.

أنواع الإلغاء

الإلغاء الصريح: وذلك في حالة ورود نص في أداة تشريعية لاحقة يقضي صراحة بإلغاء أداة تشريعية سابقة، أو بفوات المدة المعينة لسريان الأداة التشريعية.

الإلغاء الضمني: وذلك إذا لم يصرح المشرع بإلغاء الأداة التشريعية السابقة ورغم ذلك يستنتج هذا الإلغاء من محتوى الأداة التشريعية الجديدة إذا كان هناك تعارض بينها وبين الأداة السابقة حيث تشتمل الأداة الجديدة على نص يتعارض مع الأداة السابقة من غير النص صراحة على الغائها لعدم إمكان تطبيق تشريعين متناقضين في آن واحد. وكذا يستنتج الإلغاء الضمني بأن تأتي قواعد جديدة تنظم نفس

الموضوع الذي سبق أن نظمته القواعد القديمة وفي هذه الحالة تعتبر الأداة التشريعية القديمة ملغاة وتحل محلها الأداة الجـديدة ويعد هذا تطبـيقا لمبدأ "تطبيق الأحدث".

من يملك سلطة الإلغاء

القاعدة العامة ووفقا لمبدأ التدرج التشريعي (الهرم التشريعي) فإن السلطة التي لها صلاحية سن وإنشاء الأداة القانونية هي التي تملك الحق في الغائها وأن الأداة التشريعية لا تلغى إلا بأداة من درجتها أو أعلى منها درجة فالقانون لا يلغيه إلا قانون والقرار الجمهوري لا يلغى إلا بقرار جمهوري أخر أو بقانون والقرار الوزاري يمكن إلغاؤه بأي أداة من الأدوات السابقة ولكن العكس ليس صحيح، **واستثناء من ذلك** فقد تثور بعض الصعوبات العملية في حالات معينة كأن يعطي القانون صراحة للوزير المختص سلطة تنظيم موضوع أو مسألة معينة ويصدر بشأن هذه المسألة عدة قرارات وزارية، ويصدر بشأن ذات المسألة أيضا في وقت أخر قرار أو أكثر من رئيس مجلس الوزراء وحيث أن هذه القرارات تتعلق بتنظيم مسألة معينة فتكون هناك حاجة الى دمج أو إلغاء كافة هذه القرارات لترشيدها واستصدار قرار وزاري وحيد بشأنها فما هو الوضع بالنسبة للقرارات الصادرة عن رئيس مجلس الوزراء في شأن هذه المسألة؟ هل يجوز من الناحية القانونية أن يصدر قرار وزاري ينص في أحد مواده على إلغاء كافة القرارات التي صدرت سابقا بشأن هذه المسألة ومنها قرارات رئيس الوزراء، ويتضمن في مادة أخرى إعادة تنظيم هذه المسألة؟

وللإجابة على هذا التساؤل يجب التفرقة بين وضعين: **الأول** ما إذا كان رئيس مجلس الوزراء أثناء إصداره لقراراته التي تنظم هذه المسألة قد استمد سلطته مباشرة من القانون نتيجة ثمة تعديلات تمت على القانون ونقلت هذه السلطة من الوزير الى رئيس مجلس الوزراء، والوضع **الثاني** ما إذا كان رئيس مجلس الوزراء قد أصدر هذه القرارات بصفته رئيس الحكومة (الرئيس الأعلى للوزير) وقام بمباشرة بعض مهامه وصلاحياته بإصدار هذه القرارات. ففي الحالة الأولي لا يجوز للوزير أن يلغي أو بدمج أي قرار صدر عن رئيس مجلس الوزراء في شأن تنظيم المسألة ولابد أن تكون الأداة التشريعية في هذه الحالة هي قرار من رئيس مجلس الوزراء وإلا عد ذلك مخالفة وافتئاتا على مبدأ التدرج التشريعي، أما في الحالة الثانية فإنه يجوز للوزير إصدار قرارا بدمج أو إلغاء كافة القرارات التي تنظم المسألة بما فيها القرارات الصادرة عن رئيس مجلس الوزراء استنادا الى أنه يستمد سلطته مباشرة من القانون وهذا الأخير أعلى في الدرجة التشريعية من قرار رئيس مجلس الوزراء.

هل عبارة"يلغى كل ما يخالف ذلك من أحكام" تعد إلغاء صريح أم إلغاء ضمني؟

وفقا لما ورد بالمادة الثانية من القانون المدني من أنه "لا يجوز إلغاء نص تشريع أو وقف العمل به إلا بنص تشريعي لاحق **ينص صراحة** على ذلك ---" يتبين أن الإلغاء الصريح للأداة التشريعية هو أن ينص تشريع جديد صراحة وتحديدا على إلغاء تشريع سابق بأن ينص في إحدى مواده على أن يلغى القانون رقم --- لسنة --- أو يلغى القرار رقم --- لسنة --- الخ إضافة الى الأدوات التشريعية التي تصدر لفترة

مؤقتة حيث أنه بانتهاء هذه الفترة تعد ملغاة صراحة، وما عدا ذلك فإنه يعد إلغاء ضمنيا ولو ورد بالأداة التشريعية الحديثة نصا يقضي "بأن يلغى كل ما يخالف ذلك من أحكام" فهذه الصياغة تعد إلغاءا ضمنيا لأي أداة تشريعية تخالف أحكامها الأحكام الواردة بالأداة الحديثة.

كيفية معالجة الإلغاء الضمني

بالرجوع الى المادة الثانية من مواد القانون المدني المصري نجد أن هذه المادة اعترفت صراحة بالإلغاء الضمني في حالتين هما صدور تشريع لاحق يشتمل على نص **يتعارض** مع نص في التشريع السابق، أو صدور تشريع لاحق **ينظم** مسألة معينة على خلاف تنظيمها في التشريع السابق فالإلغاء الضمني قد يكون تعارضا في النصوص أو اختلافا في التنظيم تجاه مسألة معينة.

وإزاء الاعتراف القانوني الصريح للإلغاء الضمني نرى ضرورة البحث في كيفية حل وضعية الإلغاء الضمني وهذا الأمر يتطلب نوعين من الحلول:

حلول علاجية للحالات القائمة من خلال النص على الإلغاء الصريح للأدوات الملغاة ضمنا، أو تجميعها واستصدار منشور أو كتاب دوري يوضح إلغاءها. علما بأن حجم المشكلة في الحالات القائمة يكمن في القرارات الوزارية دون غيرها من الأدوات التشريعية.

حلول وقائية لتفادي الحالات القادمة من خلال النص – قدر المستطاع – على الإلغاء الصريح في أي أداة تشريعية ستصدر لاحقا.

حالة خاصة

تنص المادة الثانية من مواد إصدار اللائحة التنفيذية لقانون الجمارك على:

"فيما عدا القرارات المحددة للدوائر الجمركية تلغي كافة القرارات والتعليمات الصادرة تنفيذا لقانون الجمارك السارية في تاريخ العمل باللائحة المرفقة، كما يلغي كل نص يخالفها"

ويثور التساؤل عن نوع الإلغاء الوارد بالمادة سالفة الذكر؟